

# VU Research Portal

**Enkele overpeinzingen bij het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen**  
van Veen, W.J.M.; ten Berg, J.A.M.

**published in**  
WPNR  
2019

**document version**  
Publisher's PDF, also known as Version of record

**document license**  
Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

**citation for published version (APA)**  
van Veen, W. J. M., & ten Berg, J. A. M. (2019). Enkele overpeinzingen bij het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen. *WPNR*, 2019(7236), 324-334. [https://opmaat-sdu-nl.vu-nl.idm.oclc.org/book/SDU\\_SDU\\_GENERIC\\_g\\_IMPRWPNR\\_20190472363/g\\_IMPRWPNR\\_20190472363](https://opmaat-sdu-nl.vu-nl.idm.oclc.org/book/SDU_SDU_GENERIC_g_IMPRWPNR_20190472363/g_IMPRWPNR_20190472363)

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**E-mail address:**  
[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Enkele overpeinzingen bij het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen

## 1. Inleiding

In 2016 werd het wetgevingsproject Bestuur en toezicht rechtspersonen ingezet. Het wetsvoorstel met kamerstuknummer 34 491 beoogt vooral uniformering te bewerkstelligen voor de in Boek 2 BW geregelde rechtspersoonsvormen. Dit betreft met name de beschikbare bestuursmodellen (one tier en two tier), de taaknormering van bestuurders en commissarissen (het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming of organisatie) en de tegenstrijdig belangregeling (waarbij NV/BV regeling als model is genomen). Bij de stichting worden de gronden voor ontslag van bestuurders door de rechter verruimd en deze regeling gaat ook gelden voor het ontslag van commissarissen/toezichthouders bij de stichting. Voorts gaat de regeling van art. 2:138 BW ook gelden voor verenigingen en stichtingen, met dien verstande dat de bewijsvermoedens van art. 2:138 lid 2 BW alleen gaan gelden voor de commerciële vereniging en stichting. Interessante bijvangst is dat van de gelegenheid gebruik wordt gemaakt om binnen het structuurregime mogelijk te maken dat ook bij toepassing van het monistische systeem (het one tier model), het gemitigeerde regime kan worden toegepast. De wettelijke regeling laat dit op dit moment niet toe. Deze omissie zal derhalve worden hersteld.

Recent is de behandeling van het wetsvoorstel weer in beweging gekomen met een nota van wijziging en een nota naar aanleiding van het verslag. Inmiddels heeft de Tweede Kamer daarop weer gereageerd en heeft de minister daarop weer geantwoord. De nota van wijziging maakt de aanvankelijk beoogde verplaatsing naar titel 1 van Boek 2 BW van tal van regelingen betreffende het bestuur en het toezicht daarop ongedaan. De structuur van Boek 2 BW zal derhalve niet worden gewijzigd. Dit zal de gebruiksvriendelijkheid van de regelingen ten goede komen. Daarnaast wordt een aantal inhoudelijke wijzigingen aangebracht ten opzichte van het oorspronkelijke ontwerp.

De genoemde nota's bevatten enkele opmerkelijke en ons inziens ongelukkige wijzigingen en passages die aan de doelstellingen van het wetsvoorstel afbreuk doen. Deze hebben betrekking op het meervoudig stemrecht van bestuurders en commissarissen, het schrappen van de eerder beoogde verplichte belet- en ontstentenis rege-



Prof. mr. W.J.M. van Veen\*



Mr. J.A.M. ten Berg\*\*

ling bij verenigingen en stichtingen en de tegenstrijdig belangregeling. Wij gaan hieronder op deze punten in.

## 2. Meervoudig stemrecht bestuurders en commissarissen

De minister lijkt bij zijn herziene wetsvoorstel ten aanzien van de regeling omtrent de besluitvorming in een meerhoofdige bestuur en in een meerhoofdige raad van commissarissen een opvallende en ons inziens niet goed te begrijpen tournure te hebben gemaakt.

In het oorspronkelijke wetsontwerp koos de minister ervoor om een aantal “voor alle rechtspersonen geldende kernbepalingen” op één plaats te concentreren, zodat voor alle rechtspersonen een uniforme regeling zou gelden.<sup>1</sup> De bestaande voor de NV/BV geldende wettelijke beperking

\* Hoogleraar Vennootschaps- en rechtspersonenrecht *Vrije Universiteit Amsterdam*, special counsel Ondernemingsrecht te Amsterdam, verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO), vaste medewerker van het WPNR. (w.j.m.van.veen@vu.nl/wino.vanveen@bakermckenzie.com)

\*\* Oud-notaris. (jeroentenbergt@vdb-law.nl)

1. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p 10 (MvT).

ten aanzien van het meervoudig stemrecht van bestuurders en commissarissen die inhoudt dat aan een bepaalde bestuurder of commissaris niet meer stemmen kunnen worden toegekend dan de andere bestuurders of commissarissen tezamen,<sup>2</sup> viel daar blijkbaar ook onder. Immers de minister stelde voor om in art. 2:9 lid 4 BW te bepalen:

“De statuten kunnen bepalen dat een met name of in functie aangeduide bestuurder meer dan één stem kan worden toegekend. Een bestuurder kan niet meer stemmen uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen.”<sup>3</sup>

Een soortgelijke regeling zou voor de meerhoofdige raad van commissarissen worden opgenomen in art. 2:11 lid 5 BW. Daarmee zou deze voor de NV/BV al sinds jaar en dag geldende regeling tot alle in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen worden uitgebreid. Oorspronkelijk stond deze beperking van het meervoudig stemrecht niet in de wet maar in de richtlijnen die het Departement hanteerde bij haar beoordeling van oprichtingen en statutenwijzigingen van NV's en BV's.<sup>4</sup> Ter gelegenheid van de afschaffing van het Departementale toezicht heeft, ter waarborging van “het beginsel van collegiaal bestuur”, de beperking van het meervoudig stemrecht een wettelijk fundament gekregen. Destijds werd de wijziging van art. 2:129/239 BW als volgt toegevoegd:

“In paragraaf 8 van de richtlijnen is neergelegd dat iedere bestuurder aan de totstandkoming van een besluit moet kunnen meewerken en derhalve ten minste een stem heeft. In bepaalde situaties – men denke aan een joint-venture – kan de praktijk behoefte hebben aan de mogelijkheid, een bestuurder meer dan een stem te geven. Daartegen bestaat geen bezwaar voor zover daarbij het beginsel van collegiaal bestuur gewaarborgd blijft. Daarom bepaalt lid 2 van artikel 129/239 dat een bestuurder niet meer stemmen kan worden toegekend dan alle andere bestuurders tezamen”<sup>5</sup>

Hoewel een wettelijke regeling voor de vereniging, de coöperatie en de stichting ontbreekt, werd in de literatuur en naar onze waarneming ook in de praktijk wel aangenomen dat deze beperking op het meervoudig stemrecht ook voor deze rechtspersonen heeft te gelden.<sup>6</sup> En ook de minister, zo zagen we hiervoor, plaatste de regeling in zijn oorspronkelijke ontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, zonder er veel woorden aan vuil te maken, als “kernbepaling” in de algemene titel en creëerde daarmee een wettelijke basis voor de beperking van het meervoudig stemrecht voor alle rechtsperso-

nen. Zelfs Galle, die de op grond van de collegialiteitsgedachte gebaseerde wettelijke beperking van het meervoudig stemrecht bij de NV/BV volstrekt arbitrair vindt, meent dat de regeling ook op de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting van toepassing is. De collegialiteit in het verenigings- en stichtingenrecht is naar zijn mening niet andersoortig en de bestuurstaak bij de vereniging, de coöperatie en de stichting, zeker in juridische zin, is, zo leert hij ons, niet anders is dan bij de kapitaalvennootschappen.<sup>7</sup>

Op het oorspronkelijke voorstel van de minister om de meervoudige stemrechtbeperking bij alle rechtspersonen van een wettelijke basis te voorzien, hebben Schoonbrood en Meppelink in het WPNR gereageerd.<sup>8</sup> Ook zij huldigen in die WPNR-bijdrage het standpunt dat zonder een andersluidende wettelijke regeling te betwijfelen valt of aan een bestuurder van een vereniging of stichting onder huidig recht meer stemmen zou kunnen worden toegekend dan aan de andere bestuurders tezamen. Zij wijzen er echter op dat de praktijk leert dat er verenigingen en stichtingen zijn waarbij statutair is bepaald dat een aangewezen bestuurder meer stemmen heeft dan de andere gezamenlijk. Schoonbrood en Meppelink sporen de minister vervolgens niet aan om af te zien van zijn voorstel om de stemrechtbeperking rechtspersoonbreed te doen gelden. Zij roepen hem slechts op om zorg te dragen voor goed overgangsrecht, zodat verenigingen, coöperaties en stichtingen met van de wet afwijkende statutaire regelingen ten aanzien van meervoudig stemrecht niet in de knel komen. Zij doen hem daarbij suggesties aan de hand hoe een en ander vormgegeven zou kunnen worden.

2. Zie voor de maximering meervoudig stemrecht NV/BV bestuurder art. 2:129/239 lid 3 BW en voor de maximering stemrecht NV/BV commissaris art. 2:140/250 lid 4 BW.
3. Wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2.
4. Zie voor de laatst gepubliceerde versie van de richtlijnen “Vaststelling Richtlijnen 1986 voor beoordelen oprichtingen en statutenwijzigingen van n.v.'s en b.v.'s met beperkte aansprakelijkheid” paragraaf 8.
5. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3 p. 11 (MvT). De beperking van het meervoudig stemrecht van een commissaris van een NV/BV is opgenomen in art. 2:140/250 lid 4 BW.
6. Zie bijvoorbeeld Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997/322 en in navolging Asser/Rensen 2-III 2017/138 en 334.
7. R.C.J. Galle, ‘Collegialiteit en stemverhoudingen in het bestuur van de rechtspersoon’, *Ondernemingsrecht*, 2007,152 p. 526- 527.
8. J.D.M. Schoonbrood en J.J. Meppelink, ‘Gevolgen van het voorstel tot beperking van het meervoudig stemrecht voor andere rechtspersonen dan de NV en de BV’, *WPNR* 2016/7118, p. 683-686.

Des te opmerkelijker is het dat de minister verwijzend naar de bijdrage van Schoonbrood/Meppelink, nu gemakshalve de eerder door hem voorgestelde regeling voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting maar geheel schrapt.<sup>9</sup> Daarmee neemt hij wel heel vlot afstand van zijn oorspronkelijke visie dat deze “kernbepaling” voor alle rechtspersonen geldt. Bovendien creëert hij nog meer onduidelijkheid over het antwoord op de vraag of de beperking van het meervoudig stemrecht niet ook nu al geldt voor de overige rechtspersonen. Door de desbetreffende bepaling uit het wetsvoorstel te schrappen en het daar overigens bij te laten, wordt de kwestie immers niet opgehelderd. Dat bestaande statutaire regelingen mogelijk na invoering van het oorspronkelijke wetsvoorstel niet meer met de wet in de pas zouden lopen, mag geen rechtvaardiging voor deze standpuntwijziging zijn. Het komt wel vaker voor dat een statutaire regeling niet meer spoort met de wet nadat deze gewijzigd is. Met goed overgangsrecht is daar gemakkelijk een mouw aan te passen.

De minister doet er goed aan om de tournure die hij heeft gemaakt ongedaan te maken en terug te keren bij zijn oorspronkelijke voorstel. Een eenduidige regeling ten aanzien van meervoudig stemrecht binnen het bestuur en de raad van commissarissen voor alle rechtspersonen past binnen Boek 2 BW en is de prijs van het ontwerpen van goed overgangsrecht wel waard.

### 3. Belet en ontstentenis

Een even opvallende tournure maakt de minister ten aanzien van zijn eerdere voornemen om aan alle Boek 2 BW-rechtspersonen de wettelijke verplichting op te leggen om ten aanzien van hun bestuur een statutaire belet- en ontstentenisregeling te treffen. Een wettelijke verplichting die wij nu al kennen in het NV/BV-recht (art. 2:134/244 lid 4 BW). Het is immers bij al deze rechtspersonen van belang te voorkomen dat een bestuursvacuüm ontstaat in geval van belet of ontstentenis van alle bestuurders. Gevallen van belet of ontstentenis kunnen zich niet alleen voordoen bij bestuurders maar ook bij commissarissen. Om te voorkomen dat op enig moment de taken van de raad van commissarissen niet zouden kunnen worden uitgeoefend omdat alle commissarissen ontbreken of zij tijdelijk hun functie niet kunnen uitoefenen, stelde de minister voor om alle andere Boek 2-rechtspersonen ook te verplichten een soortgelijke statutaire regeling te treffen ten aanzien van de commissarissen. Een wettelijke verplichting die onder huidige recht alleen geldt voor de BV (art. 2:252 lid 4 BW). Uit de memorie van toelichting blijkt dat de minister hiertoe werd geïnspireerd door een

aantal reacties die hij ontving bij de internetconsultatie.<sup>10</sup> Hij werd daarbij gewezen op het belang dat ook andere rechtspersonen statutaire voorzieningen treffen om op voorhand gevallen van belet of ontstentenis het hoofd te bieden. Eerder had de Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht het belang daarvan al onder zijn aandacht gebracht.<sup>11</sup>

Er is geen goede reden te bedenken waarom een verplichte statutaire belet- of ontstentenisregelingen alleen aan de NV/BV voor te schrijven en niet aan de overige rechtspersonen. Voor de minister was het niet erg moeilijk om in het oorspronkelijke wetsontwerp een voor alle rechtspersonen algemeen geldende belet- of ontstentenisregeling te creëren, door deze regeling op te nemen in titel 1 (Algemene bepalingen) van Boek 2 BW. Eerder merkten wij al op dat de minister zijn plan om allerlei regelingen betreffende het bestuur en het toezicht daarop voor alle rechtspersonen in de algemene titel op te nemen heeft, laten varen en nu voorstelt om de huidige opzet en structuur van Boek 2 BW te handhaven.<sup>12</sup>

Uit de nota naar aanleiding van het verslag en de nota van wijzigingen blijkt dat de minister wat de belet- en ontstentenisregelingen betreft nu slechts voorstelt om de desbetreffende regelingen bij de NV en de BV aan te passen en onderling gelijk te trekken en het daarbij te laten. Hij ziet derhalve af van zijn eerdere voorstel om ook alle andere rechtspersonen wettelijk te verplichten een belet- of ontstentenisvoorzieningen in hun statuten op te doen nemen. Juist om reden dat de minister het eerder zo'n goede gedachte vond om een verplichte statutaire belet- en ontstentenisregeling aan alle rechtspersonen op te leggen, zou je denken dat hij wel een goede reden zou hebben om van zijn eerdere voorstel af te stappen. Helaas is zijn redengeving teleurstellend. De minister merkt slechts op

9. In dezelfde zin G.J.C. Rensen, ‘Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen in de rebound’, *WPNR* 2019/7223, p. 44.

10. *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 3 p. 13 (MvT).

11. Op 16 september 2013 had de Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht bij de internetconsultatie over het Ambtelijk Voorontwerp Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het vastleggen van een monistisch bestuursmodel voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij (het Voorontwerp) de minister al geadviseerd om ook voor de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij de verplichting tot een statutaire belet- en ontstentenisregeling op te leggen. De commissie noemde de stichting in dit verband niet.

12. *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 1 e.v. (NnavV).

“dat de verplichte ontstentenis- en beletregeling alleen van toepassing blijft op de NV en de BV, zodat de flexibiliteit voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting op dit punt gehandhaafd kan blijven”.<sup>13</sup>

Opvallend is dat het (tover?)woord “flexibiliteit” niet één keer in de memorie van toelichting bij het oorspronkelijke wetsontwerp wordt gebruikt. In de nota naar aanleiding van het verslag wijst de minister, daartoe verleid door vragen van Kamerleden, VNO-NCW, MKB Nederland en diverse commentaren die op het wetsontwerp zijn verschenen, diverse keren op het belang van de flexibiliteit van het ondernemingsrecht en de handhaving daarvan. Daar merkt hij voorts bij op dat verenigingen en stichtingen rechtsvormen moeten zijn met voldoende flexibiliteit maar ook met voldoende rechtszekerheid.<sup>14</sup> Met deze visie zijn wij het graag eens. Wat ons verbaast, is dat deze zo gewenste flexibiliteit in de regelgeving een belet- en ontstentenisregeling voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting in de weg zou staan. De eerder voorgestelde regeling was naar onze mening erg flexibel. Zij hield immers niet meer in dan de verplichting voor de rechtspersoon om in zijn statuten een regeling op te nemen die voorziet in een oplossing voor het geval alle bestuurders en/of alle commissarissen al dan niet tijdelijk komen te ontbreken. Op welke wijze de rechtspersoon invulling zou geven aan deze verplichting en dus op welke wijze de statutaire regelingen gestalte zou krijgen, was aan de rechtspersoon zelf. Hoe flexibel wil je het hebben? De minister zal toch niet bedoeld hebben dat er bij deze rechtspersonen behoefte aan bestaat om enige tijd geen functionerend bestuur te hebben?

Ook hier roepen wij de minister op terug te keren bij zijn oorspronkelijke voorstel door ook voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting een wettelijke verplichting op te leggen een statutaire belet- en ontstentenisregeling in de statuten op te nemen. Ook voor deze rechtspersonen is het immers van belang dat zij voorkomen dat zij op enig moment zonder een functionerend bestuur of – als deze is ingesteld – zonder een functionerende raad van commissarissen zitten.<sup>15</sup>

#### 4. Tegenstrijdig belang

Een van de uniformeringsslagen die de minister wenst door te voeren heeft betrekking op de tegenstrijdig belangregeling. Het wetsvoorstel voorziet erin dat voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting een regeling wordt ingevoerd die over-

eenkomt met de regeling die in 2014 is ingevoerd voor de NV en de BV, bij wat wij hierna aanduiden als de Wet Bestuur en Toezicht NV/BV.<sup>16</sup> Voor de stichting zijn hierop aanpassingen noodzakelijk vanwege het ontbreken van een algemene vergadering. Dat een regeling naar het model van de NV/BV ook geschikt is voor toepassing op de vereniging en stichting, is niet vanzelfsprekend. Er zijn wezenlijke verschillen tussen non-profitorganisaties en de NV/BV, die meebrengen dat een naar de voor de NV/BV geldende regeling gemodelleerde tegenstrijdig belangregeling voor non-profitorganisaties naar verwachting (nog minder) goed zal werken.<sup>17</sup> Wij laten evenwel dit aspect rusten en concentreren ons op de passages in de parlementaire behandeling over de regeling als zodanig. Hierbij ligt de nadruk op de verhouding met hetgeen daarover is te lezen in de parlementaire geschiedenis van de Wet Bestuur en Toezicht NV/BV en de reactie van de minister op kwesties die als knelpunten in de literatuur zijn gesignaleerd.

#### 4.1. Wie bepaalt of sprake is van een tegenstrijdig belang?

Vanuit de Tweede Kamer is door verschillende fracties de vraag naar voren gebracht, wie uiteindelijk bepaalt of een bestuurder zich van deelname aan de beraadslagingen en besluitvorming dient te onthouden vanwege een belangenverstremming. In de nota van wijziging is hierover het volgende te lezen:

13. *Kamerstukken II*, 2018/19, 34491, nr. 6 p. 2 (NnavV).
14. *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 1, 2, 14 en 24 (NnavV).
15. In dezelfde zin G.J.C. Rensen, ‘Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen in de rebound’, *WPNR* 2019/7223, p. 45.
16. Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Stb.* 2011/275.
17. Zie W.J.M. van Veen, ‘Rechtszekerheid en keuze van de wetgever in het rechtspersonenrecht’, in: J.L. Smeehuijzen e.a., *Rechtszekerheid in het ondernemingsrecht en het vermogensrecht*, ZIFO-reeks nr. 13, Deventer: Kluwer 2014, p. 67 e.v. De problemen zijn o.m. (i) dat de regeling uiteindelijk slechts succesvol is indien schade kan worden aangetoond en dat het moeilijk is om schade aan te tonen – laat staan de omvang daarvan op voorhand in te schatten; (ii) dat de duur en risico’s die mede daardoor zijn verbonden aan een procedure voor non-profitorganisaties en onbezoldigde bestuurders zeer belastend zijn; en (iii) dat de enquêteprocedure die vaak dienst doet in tegenstrijdig belangsituaties, bij de gewone vereniging en stichting als vangnet ontbreekt.

“Het is primair aan de bestuurder of commissaris zelf om zich te realiseren dat hij een (potentieel) tegenstrijdig belang heeft.”

En:

“Een bestuurder of commissaris doet er goed aan om een mogelijk tegenstrijdig belang te melden in de bestuursvergadering of vergadering van de raad van commissarissen, voordat het desbetreffende agendapunt inhoudelijk wordt besproken. Wanneer hij twijfelt over de wenselijkheid van zijn betrokkenheid bij de besluitvorming, bijvoorbeeld omdat de schijn van een tegenstrijdig belang kan worden gewekt, kunnen de overige bestuurders of commissarissen hem helpen te beslissen of onthouding van deelname aan de beraadslaging of besluitvorming wenselijk is.”

En voorts:

“In het geval dat een bestuurder of commissaris zich niet onthoudt van deelname aan de beraadslaging of besluitvorming terwijl hij een tegenstrijdig belang heeft, kan dat uiteindelijk leiden tot een procedure waarin de rechtspersoon hem aansprakelijk stelt voor de schade die hij aldus aan de rechtspersoon heeft toegebracht.”<sup>18</sup>

Het valt op dat de minister de eindverantwoordelijkheid voor de juiste handelwijze legt bij de betrokken (potentieel) geconflieeerde bestuurder/commissaris zelf. Mogelijk is dit ingegeven door het uitgangspunt dat de regeling een gedragsnorm geeft voor geconflieeerde bestuurders en commissarissen. Dit laat echter onverlet dat het niet-naleven van de gedragsnorm ook andere gevolgen kan hebben, zoals vernietigbaarheid van het desbetreffende besluit. Als wij de hierboven weergegeven opvatting van de minister volgen, dan zouden de andere bestuurders/commissarissen afhankelijk zijn van de beslissing van de geconflieeerde bestuurder of hij wel of niet aan het overleg en de besluitvorming zal deelnemen. En daarmee dus ook voor het antwoord op de vraag of zij mogelijk een vernietigbaar besluit (moeten) nemen, omdat het niet volgens de regelen van de kunst tot stand is gekomen. Het bestuur c.q. de raad van commissarissen zou aldus niet de omstandigheden kunnen bepalen die nodig zijn voor het nemen van een onaantastbaar besluit. Dit lijkt geen wenselijk en voor de hand liggend resultaat.

De minister lijkt hier onvoldoende te onderkennen dat de handelwijze in tegenstrijdig belang-situaties ook tot gevolg kan hebben dat het bestuur of de raad van commissarissen als zodanig niet naar behoren heeft gefunctioneerd. Een

voorbeeld van een uitspraak waarin dit oordeel werd geveld, is de Intergamma beschikking. De Ondernemingskamer constateerde in deze zaak dat enkele commissarissen geconflieeerd waren bij de besluitvorming over een majeure transactie wegens nauwe verbondenheid met de wederpartij van de vennootschap. De Ondernemingskamer overwoog in dat verband dat

“in het licht van de genoemde feiten en omstandigheden niet goed te begrijpen [is] waarom de raad van commissarissen niet heeft besloten om de door VNG benoemde commissarissen niet te laten deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over de goedkeuring, ook indien verdedigbaar is dat dit niet reeds volgt uit artikel 2:250 lid 5 BW”.<sup>19</sup>

De OK neemt derhalve als uitgangspunt dat (i.c.) de raad van commissarissen bevoegd is om te beslissen of een geconflieeerde bestuurder aan de beraadslagingen en besluitvorming kan deelnemen. Gezien de slotzin van het hierboven afgedrukte citaat laat de OK in het midden of dit volgt uit art. 2:250 lid 5 BW, dan wel of dit voortvloeit uit de verhoogde zorgvuldigheidsplicht bij besluitvorming in tegenstrijdig belang-situaties ex art. 2:8 BW. Over deze beschikking valt veel meer te zeggen en te schrijven, en dat is ook gedaan, maar wij beperken ons hier tot de relatie met de wettelijke tegenstrijdig belangregeling.

Wij merken op dat de overwegingen van de OK op het punt van het tegenstrijdig belang de nodige kritiek hebben opgeroepen. De grondtoon van die kritiek is dat de OK buiten het wettelijke tegenstrijdig belangbegrip zou zijn getreden. De wet spreekt immers van een persoonlijk tegenstrijdig belang, waarmee zou zijn beoogd een kwalitatief tegenstrijdig belang als de onderhavige uit te sluiten van de tegenstrijdig belangregeling.<sup>20</sup> Het tweede voor deze beschouwing interessante punt is dat de wettelijke tegenstrijdig belangregeling zich lijkt te richten tot de

18. *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, nr. 6, p. 10 (NnavV).

Elders is geschreven dat de andere bestuurders de geconflieeerde bestuurder kunnen ‘adviseren’. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, nr. 6, p. 16 (NnavV).

19. Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354, ro. 3.35 (de cursivering is van ons).

20. Voor een overzicht zie S.M. Bartman/A.F.M. Dorrestein, ‘Commissaris en tegenstrijdig belang: handelt de Ondernemingskamer contra legem?’, *Ars Aequi* 2018, p. 913 e.v.

individuele bestuurder/commissaris en niet tot het orgaan als zodanig. Deze twee aspecten verdienen enige bespreking.

Wat de inhoud van het tegenstrijdig belangbegrip betreft, kan worden opgemerkt dat in de toelichting bij de Wet Bestuur en Toezicht NV/BV, is gerefereerd aan het zogenoemde Bruilcriterium. In de relevante overweging uit het Bruil-arrest wordt onder een tegenstrijdig belang ook gevat een “nauwe betrokkenheid bij een ander niet met het belang van de vennootschap parallel lopend belang”. Een kwalitatief tegenstrijdig belang is derhalve niet categorisch van het wettelijke tegenstrijdig belangcriterium uitgesloten.<sup>21</sup> Wel dient het zodanig te zijn dat het tot gevolg kan hebben dat de desbetreffende bestuurder zich niet (uitsluitend) laat leiden door het belang van de rechtspersoon.<sup>22</sup> Bij de behandeling in de Eerste Kamer is bovendien nog eens geëxpliciteerd dat een tegenstrijdig belang (inderdaad) kan voortvloeien uit een loyaliteitsconflict.<sup>23</sup> Dat de OK in de onderhavige beschikking buiten het wettelijke tegenstrijdig belangbegrip is getreden, zouden wij dan ook niet willen zeggen.<sup>24</sup>

Het tweede aspect is, zoals gezegd, dat de OK de raad van commissarissen als orgaan verantwoordelijk houdt voor de beslissing om de geconflicteerde commissarissen aan de beraadslagingen en de besluitvorming te laten deelnemen. Afgaande op de hierboven geciteerde passages uit de nota naar aanleiding van het verslag rijst de vraag of de OK dan op dit punt wellicht verder is gegaan dan de wetgever heeft beoogd. Bij de beantwoording van deze vraag moet de parlementaire geschiedenis bij art. 2:129/239 lid 6 en art. 140/250 lid 5 BW worden betrokken. Daarin wordt op dit punt uit een ander vaatje getapt dan in de bovenvermelde nota naar aanleiding van het verslag. In antwoord op vragen van de CDA-fractie over de positie van de geconflicteerde bestuurder of commissaris geeft de minister als toelichting:

“De kwestie moet dan bij een meerhoofdig bestuur worden overgelaten aan de andere bestuurders (die geen tegenstrijdig belang hebben). Het voorstel van Franken laat ruimte aan de bestuurder om te bepalen of er een tegenstrijdig belang is en daarnaast of dat tegenstrijdige belang zodanig belangrijk is dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich uitsluitend zal laten leiden door het vennootschappelijke belang. Die laatste afweging wil ik echter niet neerleggen bij de bestuurder met een tegenstrijdig belang omdat het eerdergenoemde risico van belangenverstrengeling dan te groot blijft.”<sup>25</sup>

En:

“Zou een bestuurder zijn tegenstrijdige belang niet hebben gemeld maar zou een andere bestuurder daarvan wel op de hoogte zijn, dan kan deelneming aan de besluitvorming worden ontzegd aan de bestuurder met het tegenstrijdige belang. In dat geval mag de desbetreffende bestuurder niet deelnemen aan de besluitvorming en kan hij dat ook niet.”<sup>26</sup>

Afgaande op deze toelichting kan niet worden gezegd dat de overwegingen van de OK op dit punt met de wet schuren. Uit deze passage volgt namelijk wel degelijk dat naar het oordeel van de minister uit de regeling voortvloeit dat een geconflicteerde bestuurder deelname aan de beraadslagingen en besluitvorming kan worden ontzegd door zijn medebestuurders. Voor commissarissen geldt dan hetzelfde. Dit uitgangspunt leidt ook tot betere resultaten: Gaat men uit van een collectieve taakopvatting voor het bestuur en voor de raad van commissarissen, dan past daarbij dat de leden van dat orgaan als collectief de verantwoordelijkheid kunnen nemen voor, en dus de bevoegdheid hebben om ervoor zorg te dragen dat, besluitvorming geschiedt in overeenstemming met de wettelijke, statutaire en reglementaire voorschriften. In dit verband kan nog worden opgemerkt dat adequaat handelen van de overige bestuurders noodzakelijk is om te voorkomen dat ook zij persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld ex art. 2:9 BW in verband met het tegenstrijdige belang.<sup>27</sup> Volgt men de visie van de minister bij het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, dan zou de hiervoor benodigde bevoegdheid ontbreken hetgeen afbreuk zou doen aan het collectiviteitsbeginsel.

21. Zie ook o.m. G.J.C. Rensen, ‘Tegenstrijdig belang in de notariële praktijk’, WPNR 2013/6979, p. 458 e.v.; S.M. Bartman/A.F.M. Dorrestein, t.a.p. (vorige noot).

22. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 18 (NnavV).

23. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 6 (MvA I). Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 18 (NnavV).

24. Nog daargelaten De OK aan dat begrip is gebonden in het kader van een enquêteprocedure, Waarover S.M. Bartman/A.F.M. Dorrestein, t.a.p. (noot 19).

25. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 19 (NnavV).

26. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 7 (MvA I).

27. Dit volgt uit de collectieve taakopvatting. Zie ook expliciet, Verslag Wetgevingsoverleg, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 11, p. 38 (VWo).

Ronduit problematisch is ons inziens dat de toelichtingen bij de Wet Bestuur en Toezicht NV/BV en het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen op dit punt conflicteren. De minister moet niet dezelfde fout maken als die de Hoge Raad wel werd verweten – en die ingrijpen van de wetgever noodzakelijk maakte – dat hij de tegenstrijdig belangregeling ondoorgronde-lijk maakt. Conflicterende uitspraken in de parlementaire geschiedenis kunnen hier gemakkelijk aan bijdragen. Herziening – men mag het ook nadere verduidelijking noemen – van de onderhavige passages in de toelichting bij het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, is ons inziens noodzakelijk om deze gevolgen af te wenden.

Beter nog is het om de wettekst aan te passen en daarin tot uitdrukking te brengen dat het bestuur/de raad van commissarissen bevoegd is te bepalen of sprake van een tegenstrijdig belang en dat – als gevolg daarvan – de geconflicteerde bestuurder/commissaris niet aan de besluitvorming kan deelnemen. Deze besluiten worden genomen door de niet-geconflicteerde leden van het desbetreffende orgaan.

#### 4.2. De verhouding tussen tegenstrijdig belang en statutaire beletregeling

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Bestuur en Toezicht NV/BV, werd in relatie tot de daarbij voorgestelde tegenstrijdig belangregeling in art. 2:129 lid 6 BW, het standpunt ingenomen dat de ontstentenisregeling ex art. 2:134 lid 4 BW – de voor de NV geldende belet- en ontstentenisbepaling – ook dienst kan doen indien er slechts één bestuurder is en deze een tegenstrijdig belang heeft bij een bepaalde transactie.<sup>28</sup> Hiertoe kan in de statuten nader worden omschreven wat onder belet kan worden verstaan. Deze laatste zinsnede is overigens later alleen voor de BV in de wet opgenomen,<sup>29</sup> maar dit laat kennelijk onverlet dat ook voor de NV geldt dat desgewenst van de beletregeling gebruik kan worden gemaakt om een geconflicteerde bestuurder tijdelijk te vervangen door een andere persoon. Maar dit terzijde.

Over de verhouding tussen de twee regelingen en met name onder welke omstandigheden en hoe de beletregeling kan worden gebruikt ter vervanging van geconflicteerde bestuurders, bestaan verschillende onduidelijkheden. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt er daarvan slechts één besproken. De kwestie die wordt besproken, betreft de vraag of de beletregeling ook kan worden toegepast indien sprake is van een meerhoofdig bestuur en alle bestuurders zijn geconflicteerd. Op dit punt zijn verschillende standpunten ingenomen. Sommigen

menen dat dit mogelijk is,<sup>30</sup> anderen menen dat dit niet mogelijk is omdat de ‘doorschuifregeling’ een dwingendrechtelijk karakter heeft, hetgeen meebrengt dat als alle bestuurders zijn geconflicteerd, dwingendrechtelijk de RvC bevoegd is.<sup>31</sup>

In de nota naar aanleiding van het verslag wordt het eerste standpunt ingenomen.<sup>32</sup> Dit standpunt is ons inziens logisch en consistent met de hierboven gememoreerde passage uit de memorie van toelichting bij de Wet Bestuur en Toezicht NV/BV. Het betrof daar weliswaar de situatie dat er sprake is van een eenhoofdig bestuur waarbij de enig bestuurder is geconflicteerd, maar de situatie is niet wezenlijk anders indien er meer bestuurders zijn en zij allen zijn geconflicteerd. De boodschap is dat indien de statuten daarin voorzien, de impasse die zou ontstaan doordat alle bestuurders zich van de deelname aan de beraadslagingen en besluitvorming moeten onthouden, niet alleen door het doorschuiven van de beslissingsbevoegdheid naar een ander orgaan kan worden doorbroken, maar óók door een statutaire regeling die inhoudt dat het besluit kan worden genomen door andere, voor dat doel benoemde plaatsvervangend bestuurders.<sup>33</sup>

28. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 19 (MvT). Bedoeld zal overigens zijn de beletregeling, aangezien ontstentenis ziet op een vacature en belet op een tijdelijke onmogelijkheid aan het bestuur deel te nemen. Zie ook *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 95 (MvT).

29. En wel in de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (Stb. 2012, 299). De vraag of er bij de BV meer ruimte is voor gebruik van de beletregeling dan bij de NV laten wij even rusten.

30. R.G.J. Nowak, ‘Tegenstrijdig belang als vorm van belet’, *WPNR* 2013/6979, p. 471; J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, a.w. (noot 8); P.H.N. Quist, ‘Belet of ontstentenis, that is the question’, *WPNR* 2013/6990; Th de Rave, ‘Tegenstrijdig belang in het bestuur van joint venture B.V.’s’, *WPNR* 2016/7122, p. 818.

31. H.E. Boschma, L. Lennarts en H. Schutte-Veenstra, ‘Lessen uit het Duitse AGrecht voor de modernisering van het Nederlandse NV recht?’, *Ondernemingsrecht* 2014/14, p. 79 e.v.; G.K. Kuijers-Tollenaar en M.J. van Uchelen-Schipper, ‘reactie op “Belet of ontstentenis, that is the question” van P.H.N. Quist in *WPNR* 2013/6990’, *WPNR* 2014/7002, p. 55-57.

32. *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, nr. 6, p. 12 (NnavV).

33. De persoon die tijdelijk de plaats van de belette bestuurder inneemt, kan daartoe op voorhand zijn benoemd maar ook voor een specifieke situatie worden benoemd. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 19 (MvT).



Maar hiermee zijn – anders dan de minister schrijft – niet alle vraagstukken betreffende het gebruik van de belet-techniek beantwoord. Eén complicatie voor toepassing hiervan is dat de statutaire regeling voldoende concreet moet zijn om vast te stellen in welke situaties de vervanging van een bestuurder aan de orde is. Verder is vereist dat *“het begrip belet voldoende duidelijk en kenbaar is vastgelegd, omdat de vaststelling of sprake is van belet bepalend is voor de vraag of de plaatsvervanger bevoegd is om te handelen in plaats van de formele bestuurder”*.<sup>34</sup> Een moeilijkheid hierbij is dat het antwoord op de vraag of sprake is van een tegenstrijdig belang afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval en in het wettelijke systeem uiteindelijk ex post wordt beoordeeld. Dit is niet concreet genoeg om te kunnen vaststellen of sprake is van belet. Wil de beletregeling goed werken dan moet worden geaccepteerd dat de statuten (kunnen) bepalen dat sprake is van belet wegens tegenstrijdig belang indien (i) de desbetreffende bestuurder of commissaris zich wegens een tegenstrijdig belang onthoudt van deelname aan de beraadslaging en de besluitvorming en/of (ii) althans naar onze mening – zie de vorige paragraaf –, indien de meerderheid van de overige bestuurders of commissarissen van oordeel is dat de geconflicteerde persoon zich van deelname aan de besluitvorming wegens tegenstrijdig belang dient te onthouden.

Ook hiermee zijn alle complicaties nog niet de wereld uit. Het beoogde resultaat van toepassing van de belet-techniek is uiteraard dat de geconflicteerde bestuurder uitsluitend met betrekking tot de besluitvorming over de tegenstrijdig belangkwestie wordt vervangen door een andere persoon. Het is niet nodig en ook niet wenselijk dat de gehele bestuursbevoegdheid en -taak van de geconflicteerde bestuurder op de plaatsvervanger overgaat. De vraag is echter of dát mogelijk is.<sup>35</sup> Hierover kan men twijfelen omdat het bij *“(…) belet gaat het om situaties waarin de bestuurder zijn functie tijdelijk niet mag uitoefenen door een schorsing, of tijdelijk niet kan uitoefenen, bijvoorbeeld door een langdurige ziekte of verblijf in het buitenland”*.<sup>36</sup>

Deze bewoordingen lijken te impliceren dat indien sprake is van belet, de diskwalificatie niet is beperkt tot de desbetreffende tegenstrijdig belangsituatie, maar alle bestuurlijke bevoegdheden met inbegrip van de vertegenwoordigingsbevoegdheid omvat voor zolang als de besluitvorming daarover niet is afgerond. Dit zou tevens meebrengen dat gedurende de periode van belet, de plaatsvervangend bestuurder volledig verantwoordelijk is voor het gevoerde bestuur en het bewaken van de algemene gang van

zaken. Toepassing van de beletregeling kan, indien zij aldus moet worden opgevat, gemakkelijk haar doel voorbij schieten. De definitieve besluitvorming over een tegenstrijdig belangtransactie kan in voorkomende gevallen dagen, weken of zelfs maanden duren. In die periode moeten wellicht belangrijke beslissingen in tal van andere dossiers worden genomen, moeten de jaarrekening en het bestuursverslag worden opge maakt etc. Het is voor het functioneren van het bestuur of de raad van commissarissen niet zonder meer bevorderlijk – en voor de plaatsvervanger niet aantrekkelijk – als de plaatsvervanger in deze en dergelijke kwesties die los staan van het tegenstrijdig belang moeten meebeslissen en mede verantwoordelijkheid moeten dragen.

Idealiter kan derhalve in de statuten worden bepaald dat het belet ten aanzien van de geconflicteerde bestuurder/commissaris is beperkt tot de deelname aan de beraadslagingen en besluitvorming inzake de tegenstrijdig belangkwestie en dat hij alleen daarvoor wordt vervangen. Dit belet vangt aan op het moment zoals hierboven omschreven en eindigt op het moment dat de besluitvorming over het desbetreffende onderwerp is afgesloten. Pas dan is de beletregeling ons inziens optimaal functioneel (te maken) bij toepassing in tegenstrijdig belang situaties.<sup>37</sup>

Het zou nuttig zijn als de minister over de hierboven aangesneden kwestie tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, meer duidelijkheid zou verschaffen.

#### **4.3. Nietigheid of vernietigbaarheid indien de enige of alle bestuurders geconflicteerd zijn?**

Een andere netelige kwestie in relatie tot de tegenstrijdig belangregeling betreft de vraag naar de mate van dwingendrechtelijkheid van de doorschuifregeling. Deze kwestie komt met name op als alle bestuurders zijn geconflicteerd, maar ook indien één van de bestuurders zich van

34. *Kamerstukken II 2006-07, 31 058, nr. 3, p. 95 (MvT).*

35. Zie hierover o.m. G.K. Kuijers-Tollenaar en M.J. van Uchelen-Schipper, t.a.p. (noot 30), en het naschrift van Quist daarbij.

36. *Kamerstukken II 2006-07, 31 058, nr. 3, p. 95 (MvT).*

37. Vgl. R.G.J. Nowak, ‘Tegenstrijdig belang als vorm van belet’, *WPNR 2013/6979*, p. 471, die ervan uit lijkt te gaan de belet-techniek vanzelf tot dit resultaat leidt.

deelname moet onthouden terwijl zijn deelname ingevolge de statuten is vereist om een besluit te kunnen nemen. De wet is op dit punt voor tweeërlei uitleg vatbaar. Men kan van mening zijn dat het bestuur in deze gevallen absoluut onbevoegd is om over de aangelegenheid te besluiten indien ingevolge de doorschuifregeling de raad van commissarissen dan wel de algemene vergadering bevoegd is het besluit te nemen. Heeft het bestuur desondanks over deze aangelegenheid toch besloten en wordt achteraf door de rechter vastgesteld dat ten aanzien van alle bestuurders (c.q. de voor het quorum vereiste bestuurder) sprake is van een tegenstrijdig belang, dan komt men tot de conclusie dat het besluit nietig is ex art. 2:14 BW omdat het besluit niet is genomen door het daartoe bevoegde orgaan. Leeft het – in deze visie absoluut onbevoegde – bestuur de tegenstrijdig belangregels wel na en neemt het bestuur derhalve geen besluit, dan treedt de doorschuifregeling *automatisch* in werking. De andere opvatting is dat het bestuur niet absoluut onbevoegd is in deze gevallen, maar dat het alsdan over die aangelegenheid niet *mag* besluiten en dat ook feitelijk niet kan als alle bestuurders zich aan de regels houden. Wordt het besluit in strijd met de regels toch genomen en wordt achteraf door de rechter vastgesteld dat sprake was van een tegenstrijdig belang van alle bestuurders c.q. de voor het quorum vereiste bestuurder, dan is het besluit in deze visie niet nietig, maar vernietigbaar ex art. 2:15 lid 1 sub a BW omdat de bestuurders collectief een gedragsnorm hebben geschonden.

Maar een nietig besluit tegenover een vernietigbaar besluit is niet het enige verschil tussen beide opvattingen wat betreft de gevolgen van een besluit genomen door een geconflicteerd bestuur c.q. met een geconflicteerde, voor het quorum vereiste bestuurder. Het in de tweede visie niet absoluut onbevoegde bestuur heeft immers in de geschetste gevallen de *keuze* om (i) te besluiten de doorschuifregeling in werking te stellen, maar ook (ii) om niets te doen en daarmee te beslissen dat de tegenstrijdig belangtransactie *niet* zal plaatsvinden. In het laatste geval wordt de doorschuifregeling niet geactiveerd, waarmee het bestuur kan voorkomen dat een ander orgaan een mogelijk het bestuur niet welgevallige beslissing neemt. Dit laatste is vooral van belang indien niet alle bestuurders zijn geconflicteerd maar desondanks, als gevolg van een quorumeis, het besluit niet kunnen nemen. Indien de geconflicteerde bestuurder tevens een aandeelhouder met een meerderheidsbelang is of daaraan is gelieerd, kan dit gemakkelijk leiden tot onwenselijke situaties als men de eerste benadering volgt. De tweede benadering leidt dan tot een beter resultaat.

Beide standpunten zijn ons inziens verdedigbaar. In de rechtspraak zijn inmiddels – NB door dezelfde rechtbank – beide standpunten ingenomen.<sup>38</sup> Wij neigen naar het tweede standpunt: vernietigbaarheid van het besluit. De reden hiervoor is ten eerste dat in de parlementaire geschiedenis consequent is aangegeven de door art. 2:129/239 lid 6 BW gegeven voorschriften gedragsnormen zijn en dat schending daarvan kan leiden tot vernietigbaarheid van het besluit. Weliswaar wordt in de meeste passages gerefereerd aan schending van de norm door een bestuurder – hetgeen de indruk wekt dat het mogelijk anders is indien alle bestuurders geconflicteerd zijn –, maar tijdens het wetgevingsoverleg is ook een vraag voorgelegd over een situatie waarin de enig bestuurder geconflicteerd is en desondanks het besluit neemt. De minister antwoordde dat in die situatie het besluit vernietigbaar is.<sup>39</sup> Dat het antwoord anders zou moeten luiden indien sprake is van een meerhoofdig bestuur, ligt ons inziens niet voor de hand.

Het tweede punt is dat de situaties waarin sprake is van een tegenstrijdig belang, steeds afhankelijk zijn van alle omstandigheden van het geval. De rechter beoordeelt de situatie bovendien achteraf. Het is daardoor niet – en zeker niet steeds – op voorhand duidelijk of een bestuurder zich van deelname aan de besluitvorming had moeten onthouden.<sup>40</sup> Vernietigbaarheid lijkt dan een passender sanctie dan nietigheid omdat er dan meer ruimte is om een op alle omstandigheden van het geval afgestemde beslissing te nemen. In de parlementaire geschiedenis klinkt bovendien als grondtoon door dat het tegenstrijdig belang niet hoeft mee te brengen dat de handelwijze nadelig is voor de rechtspersoon.<sup>41</sup> Ook dit pleit voor vernietigbaarheid boven nietigheid. Het derde argument is dat het ons inziens niet wenselijk is dat een aangelegenheid die tot het besturen van de rechtspersoon moet worden gerekend, geheel aan de bestuursbevoegdheid zou worden onttrokken. Het bestuur moet ten minste de bevoegdheid hebben om te bepalen dat de tegenstrijdig belangtransactie *geen* doorgang zal vinden.

38. Vernietigbaarheid werd aangenomen in Rb. Amsterdam, 8 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6181 (Slotervaart Ziekenhuis), JOR 2015/294 m.nt. Blanco Fernández. Nietigheid werd aangenomen in Rb. Amsterdam 11 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4902.

39. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 11, p. 42 (Vwo).

40. Zie ook de hierboven al besproken Intergamma beschikking, waarin de advocaten hadden geadviseerd dat er geen sprake was van een tegenstrijdig belang.

41. Zie *Kamerstukken II* 2008–09, 31 763, nr. 3, p. 14 (MvT).

Welke uitkomst men op dit punt ook prefereert, het verdient aanbeveling dat de wet op dit punt verduidelijkt wordt.

#### 4.4. De verhouding tot de goedkeuringsregeling van art. 2:216 lid 2 BW

In de literatuur is veel aandacht besteed aan de vraag of de tegenstrijdig belangregeling ook van toepassing is op het besluit tot goedkeuring van een besluit tot uitkering ex art. 2:216 BW. Tot eenstemmigheid heeft dit nog niet geleid. Volgens de minister is het niet nodig om de wet op dit punt aan te passen. De argumentatie die hij hieraan ten grondslag legt, luidt als volgt:

“Deze goedkeuringsbevoegdheid voor het bestuur beperkt de bevoegdheid van de algemene vergadering om de winst te bestemmen, teneinde het belang van de vennootschap te bewaken dat zij haar schulden kan blijven voldoen (...). Met deze goedkeuringsbevoegdheid is de toepasselijkheid van de tegenstrijdigbelangregeling niet goed verenigbaar. Bij een besluit tot goedkeuring van een uitkering heeft het bestuur juist niet de mogelijkheid om (eventueel tegenstrijdige) belangen af te wegen. Het bestuur mag een voorgenomen uitkering slechts toetsen aan het wettelijk omliggende criterium van artikel 2:216 lid 2. De tegenstrijdigbelangregeling is derhalve niet van toepassing bij artikel 2:216 lid 2.”

Men kan bij deze argumentatie vraagtekens plaatsen. Het feit dat een bevoegdheid wordt gegeven die meebrengt dat men bepaalde belangen niet *mag* meewegen, sluit natuurlijk niet uit dat men dat *tóch* kan doen. Deze situatie moet worden onderscheiden van bijvoorbeeld het aangaan van een zakelijke overeenkomst in het kader van het bedrijf dat de coöperatie uitoefent ten behoeve van haar leden. Indien die overeenkomst wordt aangegaan onder de gebruikelijke voorwaarden zoals ook met de andere leden wordt overeengekomen, is er inderdaad geen ruimte voor tegenstrijdige belangen.<sup>42</sup> Bij het verlenen van goedkeuring in de zin van art. 2:216 lid 2 BW is de situatie een andere. De bestuurder heeft daarbij wel de mogelijkheid om zijn eigen belangen als aandeelhouder te laten meewegen en te laten prevaleren. Het zij herhaald, hij *mag* het niet maar *kán* het wel.

Wil men bepleiten dat de tegenstrijdig belangregeling niet van toepassing is bij art. 2:216 lid 2 BW, dan lijkt daarvoor een andere argumentatie nodig. Deze problematiek doet zich niet alleen voor in relatie tot art. 2:216 lid 2 BW, maar ook in andere situaties waarin het bestuur een besluit van de algemene vergadering moet uitvoeren, zoals een door de algemene vergadering aan het bestuur gegeven instructie ex art. 2:129/239 lid 4

BW of een besluit tot kapitaalvermindering. Het is beter om te accepteren dat de wettelijke doorschuifregeling soms niet tot goede resultaten leidt en daarom buiten toepassing moet blijven. Dit is in ieder geval zo, indien zij zou leiden naar de algemene vergadering. Niet alleen omdat het doorschuiven van bevoegdheid naar de algemene vergadering in deze gevallen onzinnig is. Maar ook en vooral omdat een bevoegdheid zoals die in art. 2:216 lid 2 BW is gegeven, specifiek bij het bestuur is “gelegd” vanwege zijn primaire taak om het belang van de vennootschap te bewaken. Dit brengt mee dat het bestuur – ook indien de bestuurders zijn geconfronteerd – het aangewezen orgaan is om deze afweging te maken.<sup>43</sup>

Men kan zich nog de vraag stellen of indien er een raad van commissarissen is (en niet ook alle commissarissen zijn geconfronteerd), te prefereren is dat dan toch de beslissingsbevoegdheid wordt doorgeschoven naar de raad van commissarissen. Bij de beantwoording van deze vraag staat ons inziens centraal dat besluiten als de onderhavige niet (geheel) aan de bestuursverantwoordelijkheid behoren te worden onttrokken. Hierbij is te bedenken dat hoewel de bestuurders zijn geconfronteerd bijvoorbeeld omdat zij in dienst zijn van een aandeelhouder, beslist niet vanzelfsprekend meebrengt dat zij – gegeven het risico op persoonlijke aansprakelijkheid – niet kritisch zullen staan ten opzichte van besluiten van de algemene vergadering. Los hiervan zijn er aangelegenheden die niet aan de bestuursverantwoordelijk onttrokken moeten worden, ook niet in geval van tegenstrijdig belang. De bevoegdheid ex art. 2:216 lid 2 BW is er daar één van.

42. Vgl. art. 3:68/7:416 BW: Het verbod op Selbsteintritt geldt niet “wanneer de inhoud van de te verrichten rechtshandeling zo nauwkeurig is vastgesteld, dat strijd tussen beider belangen is uitgesloten”.

43. In deze zin ook B.F. Assink en M.A. Verbrugh, in: Bier e.a. (red.), *Handboek Notarieel Ondernemingsrecht B.V. en N.V.*, p. 69-71.

Overigens zijn wij – met anderen – van mening dat het beter zou zijn als dit het algemene uitgangspunt zou zijn voor de wettelijke tegenstrijdig belangregeling: het bestuur is bevoegd een beslissing te nemen ook in het geval dat alle bestuurders zijn geconflieerd, met dien verstande dat een besluit waarbij een tegenstrijdig belang aan de orde is, onderworpen is aan goedkeuring van de raad van commissarissen, of indien deze ontbreekt of ook alle commissarissen zijn geconflieerd, de algemene vergadering.<sup>44</sup> Een dergelijke regeling zou veel complicaties – waarvan er een aantal in deze bijdrage is genoemd – voorkomen. Een heel ingrijpende wetswijziging zou dit overigens niet vergen.

### 5. Afronding

Het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen is een belangrijk wetgevingsproject. Met de in het wetsvoorstel gemaakte keuzes kan men het op onderdelen in meer of mindere mate eens zijn, maar dat laat onverlet dat het tal van aspecten betreffende het bestuur en toezicht van rechtspersonen bestrijkt. Het streven om door uniformering van regelingen niet goed verklaarbare verschillen in de regeling van de verschillende rechtsvormen weg te nemen, verdient alle lof. Het biedt ook een uitgelezen mogelijkheid om waar bestaande regelingen tot onduidelijkheid of onzekerheid aanleiding geven, wijzigingen door te voeren.

In deze bijdrage hebben wij enkele aandachtspunten geschetst die het realiseren van doel en potentieel van dit wetsvoorstel bij de verdere behandeling daarvan kunnen bevorderen. Onze aanbevelingen houden kort gezegd in dat de regelingen omtrent het meervoudig stemrecht van bestuurders en commissarissen en belet- en ontstentenis voor alle rechtspersonen wordt gelijk getrokken. Wat de tegenstrijdig belangregeling betreft, moet verduidelijkt worden (i) dat een geconflieerde bestuurder/commissaris door de niet-geconflieerde leden van dat orgaan de deelname aan de beraadslaging en besluitvorming kan worden ontzegd, (ii) dat bij toepassing van de beletregeling, het belet van de geconflieerde bestuurder beperkt kan worden tot deelname aan de besluitvorming over de tegenstrijdig belangkwestie, (iii) dat niet-naleving van de doorschuifregeling niet leidt tot nietigheid maar tot vernietigbaarheid en (iv) bij voorkeur dat indien alle bestuurders zijn geconflieerd, het bestuur bevoegd is het besluit te nemen, maar dat dit besluit is onderworpen aan goedkeuring van de raad van commissarissen zo deze er is dan wel de algemene vergadering. In dat geval bestaat aan punt (iii) geen behoefte meer.

44. L. Timmerman, 'De dubbelrol in het (vennootschaps) recht', in: De dubbelrol in het vennootschapsrecht, IvO-serie deel 16, Deventer: Kluwer 1993, p. 6-7, p. 106-107; P.J. Dortmond, 'Vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang', in: Knelpunten in de vennootschapswetgeving, IvO-serie deel 24, Deventer: Kluwer 1995, p. 20-21; M.L. Lennarts & H.E. Boschma, 'Blijft het tabben met tegenstrijdig belang?', WPNR 2008/6770, p. 734-736.